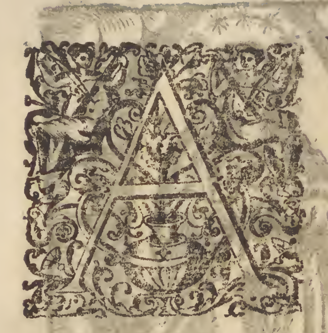


POR FRANCISCO RAMOS, VEZINO de la ciudad de Antequera.

(*) *EN EL PLEYTO.* (*)

CON LVCAS DE CARDENAS, vezino della.

En Granada, en la Imprenta Real. Por Francisco Sanchez, en frente del Hospital del Corpus. Año de 1654.

1 
VNQVE todo, aqueste pleyto se reduze a punto de derecho, sin embargo para ajustar las conclusiones que se huuieren de fundar; se hará relacion de el hecho, con la mayor breuedad que fuere possible.

2 ¶ Y lo que parece por los autos es, que por el testamento debaxo de cuia disposicion muriò Maria Zamorana, su fecha en siete de Março del año passado de 1570. fundò vn patronato, y aniuersario perpetuo de vnas casas principales en la dicha ciudad; y en primero lugar llamò para su sucession a Isabel Gutierrez su sobrina, y a Yñigo Lopez de Cardenas su marido, con cargo de ciertas Missas, y fiestas, prohibicion de enagenacion, y otras clausulas de perpetuidad, y les dà facultad para que despues de sus dias, ellos, y qualquiera de ellos nombren à qualquiera de sus hijos, ò nietos, y descendientes, que sucedan en el dicho patronato; y en caso de morir los susodichos sin nombrar, dispuso y ordenò que sucediessen los hijos, nietos, y descendientes de los dichos Yñigo Lopez, y Isabel Gutierrez su muger, y manda, que todos los que sucedieren en los dichos bienes los tēgan bien reparados, de manera que vayan en aumento, y no en diminucion, so pena que si no lo hiziere pierdan el derecho al patronato, y passen al otro llamado.

3 ¶ Y por otra clausula les manda vn pedazo de oliuar con cargo de otra fiesta, y manda que sucedan los hijos, nietos, y descendientes de los primeros llamados en la forma referida a falta de nombrar sus padres, ò qualquiera de ellos.

4 ¶ En el dicho vinculo y patronato sucedierō la dicha Isabel Gutierrez, y Yñigo Lopez su

su marido, y por muerte del Yñigo Lopez caso la Isabel Gutierrez a Ana de Cardenas, hija legitima de los dos, con Bartolome Lopez Zeron, por escritura que otorgò en treynta de Enero del año passado de 1587. entre otros bienes que le diò en dote la nombrò en el dicho patronoto, para que desde luego fuesse patrona, y gozasse de los frutos de los dichos bienes, los quales le entregò con efecto, y se desistiò de qualquiera accion y derecho que tuuiesse en el.

5 ¶ Estãdo posseyendo por el dicho titulo el dicho patronato, y sus bienes, en siete de Mayo de 1598. Frãcisco Perez de Cardenas, hijo de la dicha Isabel Gutierrez, puso demãda a la dicha Ana de Cardenas, pretendiendo la sucession por dezir, que Isabel Gutierrez su madre, en contrauencion de la fundacion, enagenò los bienes del dicho patronato, dandoselos en dote, estimados en treziẽtos ducados, porque la dicha estimacion hizo venta, sin dezir ni pretender que por varon se le deuiò a el nombrar. Y auiendosele dado traslado a la Ysabel Gutierrez respondiò, que su hijo pedia justicia, y que en caso necessario le hazia nombramiento. Con lo qual, auiendose concluso el pleyto, se condenò a la dicha Ana de Cardenas y a su marido a la restitucion de los bienes del dicho patronato, y se declarò por sucessor al Francisco Perez.

6 ¶ Apelòse de la dicha sentencia por Ana de Cardenas, y por no auer lleuado mejora de apelacion se declarò por decierta, y la sentencia por passada en cosa juzgada, y respeto de no auer parecido en la Chancilleria, ni alegado de su justicia, se le despachò executoria de desercion al dicho Francisco Perez.

7 ¶ En su virtud estuuo gozando del dicho patronato hasta veynte y siete de Mayo del año passado de 32. y por su muerte saliô pidiendo la possession Iuan de Cardenas, hijo de Maria de Cardenas, hermana de la dicha Ana de Cardenas,

por

por dezir que le tocaua por ser su madre hija mayor de Isabel Gutierrez; y auer muerto Francisco Perez su tio sin dexar hijos ni descendientes, y en virtud de informacion que diò se le diò la possession.

8 ¶ Y despues por Anton Ramos, marido de Maria de Cardenas, madre de Francisco Ramos, que litiga, y hija de Ana de Cardenas, primera nombrada, se hizo el mesmo pedimento, y auiẽdo tambien hecho informacion legitimando su persona, se le mandò dar, y diò la possession de dichos bienes y patronato.

9 ¶ El Iuan de Cardenas saliò contradiziendo por dezir que era nieto de la Isabel Gutierrez, y hijo de Maria de Cardenas su hija mayor, a que se satisfizo por Anton Ramos, y auiendose hecho prouanças se pronunciò sentencia, declarando pertenecer la possession al dicho Iuan de Cardenas, y se reseruò su derecho a Antõ Ramos para la propriedad.

10 ¶ En cuya virtud en veynte y seys de Abril del año passado de 35. el dicho Anton Ramos saliò poniendo demanda en la propriedad a Iuan de Cardenas, haziendo presentacion del testamento de la fundadora, y del nombramiento que en virtud del hizo Isabel Gutierrez a Ana Gutierrez su hija, alegando pertenecerle la sucession del dicho patronato en virtud de la dicha eleccion. Que no fue enagenacion el auerse nombrado a su abuela por causa de dote en la forma referida. Que la estimacion solo mirò a los frutos, y para que se supiesse el valor que tenian los bienes. Que su madre no se defendiò en dichos pleytos, ni aun fue citada para ellos. Que no le pudo prejudicar la declaracion de Isabel Gutierrez contra el nombramiento que tenia fecho, ni lo auia podido reuocar; ni los autos le pueden prejudicar a su muger por no auersele citado, auiendo ya nacido, y que aunque se le huuiera citado lo pudiera hazer por ser bienes de mayorazgo, y no obstarle la omission

õmiſsion de ſus padres. Y concluyò ſe le declaraſſe por ſuceſſora, y ſe le mandaſſen reſtituyr los dichos bienes con los frutos.

11 ¶ Siguiòſe el pleyto haſta recebirſe a prueua; y eſtando en eſte eſtado entre los ſuſodichos ſe hizo eſcritura de tranſacion por cierta cantidad de marauediſes que Iuan Ramos diò a Anton Ramos y à ſu muger, y auiendo muerto los dos, Franciſco Ramos ſaliò proſiguiendo el dicho pleyto de propriedad haziendo todas las dichas alegaciones, y que la tranſacion que ſus padres hizieron no le obſta, y que aſsimiſmo no le obſta la eſcritura de tranſacion por no poder obrar efeto alguno en ſemejantes pleytos, y no auer podido con ſu acto prejudicar à los ſuceſſores, ni quitarle el derecho que tiene por el nombramiento y eleccion hecho en ſu abuela, por el qual ſe le adquiriò a toda ſu linea.

12 ¶ Y aunque Iuan de Cardenas ſaliò oponiendo de la dicha tranſacion para no reſponder, ſe le mandò que lo hizieſſe, y recebido el pleyto a prueua ſe hizieron prouanças ſobre el parenteſco, y legitimacion de las perſonas, que no ſe niega, y ſobre las deterioraciones y menoſcabos que los bienes tienen deſpues de auerlos poſſeydo Iuã Ramos y ſus padres, en que deponen muchos teſtigos que tendràn trezientos ducados de daños, y algunos como alarifes declaran que ſon meneſter 100. ducados para poner las caſas de forma que eſten ſin rieſgo; y en quanto a los al quileres que auràn merecido de quarenta a 50. ducados en cada vn año.

13 ¶ La ſentencia del inferior declarò al dicho Franciſco Ramos por legitimo ſuceſſor del dicho patronato, y condena a Lucas de Cardenas en los dichos 100. ducados para el reparo de las caſas, y en la reſtitucion de los alquileres a razon de 400. reales en cada vn año, de que apelò; y auiendoſe dicho de la juſticia en eſta Corte, y hechoſe nueuas prouanças, ſe confirmò en viſta.

Y auien-

14 ¶ Y auiendoſe ſuplicado por Lucas de Cardenas, inſtando por fundamento principal para que ſe reuoque, en que Iſabel Gutierrez tenia mas hijos varones que Franciſco Ramos, y que aſsi deuiò entre ellos hazer la eleccion eligiendo varon, y no a Ana Ramos ſu hija, aunque ſe bolviò a recebir a prueua no hizo prouança ſobre lo ſuſo dicho, ni ſobre otra coſa alguna de ſus alegaciones.

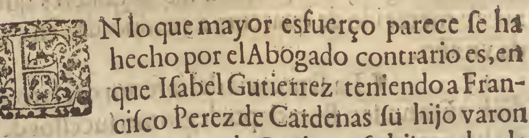
15 ¶ Supueſto el hecho referido, en que no ſe ha omitido coſa alguna que pueda auer ſido en fauor de Lucas de Cardenas, pretende Franciſco Ramos deuerſe confirmar la ſentencia de viſta, y para proceder con mayor claridad ſe reduzirà aqueſte papel à tres puntos.

16 ¶ En el primero ſe fundarà, que Iſabel Gutierrez pudo elegir a Ana de Cardenas, aunque entonces tenia a Franciſco Perez de Cardenas ſu hijo varon.

17 ¶ En el ſegundo, que auiendo fecho la dicha eleccion no pudo variar ni nombrar al dicho Franciſco Perez.

18 ¶ Y en el tercero, que al dicho Franciſco Ramos no le puede prejudicar la executoria de deſercion, ni la omiſsion de ſus padres, y tampoco la tranſaccion, para que la determinacion aya de ſer en ſu fauor, y la condenacion con frutos.

Primero Punto.

N lo que mayor esfuerço parece ſe ha hecho por el Abogado contrario es, en que Iſabel Gutierrez teniendo a Franciſco Perez de Cardenas ſu hijo varon no pudo elegir a Ana de Cardenas ſu hija, abuela de Franciſco Ramos, porque ſiendo aqueſte vn patronato y aniuerſario perpetuo ſe deue regular por las reglas de los mayorazgos, Felician. *de cenſibus, lib. 2. cap. 3. num. 18.* Zauall. *quæſt. 76 2. num 21.* Dom. Perez de Lara *de anniuerſ. & Capellan. lib. 1.*

lib.1.cap.5. num. 8. Dom.Castillo *lib. 3. cap. 19. num.274. & lib.4.cap.9.num.9.* Florez Diaz de Mena *lib.2.quæst.17. ferè per tot.* y que assi deuiô preferir al varon de vn mismo grado a la hembra.

20 ¶ Porque quando alguno tiene facultad para hazer vn mayorazgo, ô de elegir entre sus hijos, ô hijas, vno suceda en el, se deuen elegir en primer lugar los varones, y en segundo las hembras, ex text. *in l.cum pater, §.à te peto marite, ff. de legat.2.* ibi: *Tuis, siue meis propinquis, aut etiam nostris libertis non esse factam electionem, sed ordinem scripturæ factam substitutionem videri, l. hæredes mei, § fin. ff. ad Trebel.* ibi: *Ex certis autẽ cognatis si nepotes superessent, non rectè mulierem electuram propter gradus fideicommissi præscriptos,* & teneri videntur Dom. Gregor. Lopez *in l.2.tit.15.part.2.glos.15. & in l. 3. tit.13.part.6. glos.2.quæst.2.* Gamma *decis. 260. num. 2.* & eius Additionat. Flores de Mena *in decis. 340. in fin.* Fontan. *tom.1.claus.4.glos.9.part.5.num.8.* cum alijs Dom.Castillo *lib.2.cap.26.à num.5.*

21 ¶ Pero sin embargo fue legitimo, y subsistiò el nombramiento y eleccion que Ysabel Gutierrez hizo en Ana de Cardenas su hija, y no se pueden ajustar a el caso presente la disposicion de los textos, y resolucion de los Doctores citados.

22 ¶ Lo vno, porque la fundadora diò facultad absoluta y no limitada a la dicha Ysabel Gutierrez para que pudiesse nombrar a qualquiera de sus hijos, con que la pudo hazer en el que quisiesse, varon, ò hembra, porque debaxo de la palabra, *hijos*, se comprehenden las hijas, ex text. *in l. iusta interpretatione ff. de verbor. signific. l. si quis ita, ff. de testam. tutel. l. si ita scriptum, ff. de legat.2.* Peregrin. *de fideicommis. art.25.num.1.* Giurba *decis.32.num.11.* Dom.Castillo *tom.5.cap.66.n.6.* Fussario *de substit.quæst.311.num.6.* vbi: *Quod veniunt ex propria significatione, & ex interpretatione comprehensiua,* idem Thesaur. *decis.269.n.11.*

23 ¶ Y en el caso presente es mas sin duda

da por lo vniuersal de la palabra, *a qualquiera*, q.i. est comprehensiua, & vniuersalis, & non recipit restrictionem, Bald. *in cap. Imperialem, in princip. de prohib. feud. alienatione*, Roland. *cons. 70. num. 42. tom. 3.* & neminem excludit Ruino *cons. 76. num. 4.* late Augustin. Barbos. *dict. 320. per totam, precipue in nu. 9.* vbi: *Quando dictio est posita in dispositione hominis.*

24 ¶ Tum, porque si huuiera de guardar en la eleccion la orden regular de mayorazgo, ò patronazgo perpetuo, prefiriendo el mayor al menor, y el varon a la hembra, no obrara cosa alguna, y fuera inutil la facultad, *l. 2. ff. de optione legat. l. 1. in princip. & per totum titulum, ff. de assignad. libertis, cap. 1. §. & quia*, vbi Bald. *num. 18. de his quibus feudum dare possunt*, Dom. Gregor. Lopez *in l. 2. tit. 15. part. 2.* verbo, *y esto vsaron siempre*, Dom. Molin. *lib. 2. cap. 5. num. 3. in fin.* Dom. Paz *de tenuta, tom. 1. cap. 34. num. 107.*

25 ¶ Y de aqui es, que el que tiene facultad de elegir, aunque estè limitada a los parientes, o de la familia, puede libremente elegir el pariente mas remoto, y las hebras, en exclusion del mas cercano, y de los varones, *l. filius familias 118. §. cum à patre*, ibi: *Licet vni reliquisset, ff. de leg. 1. l. vnum ex familia, §. si de falcidia*, ibi: *Eodem vel dispari gradu satis erit, vni reliquisse, nam per quam paritum est voluntati cæteri conditione deficiunt*, vbi glos. verbo, *vni*, ibi: *Etiam vlteriori, quia hic habebat electione, ff. de legat. 2.* & ibi Bart. *num. 4.* Peralta *num. 12.* Dom. Molin. *de primogen. lib. 2. cap. 5. num. 4. & 5.* Mieres *de maiorat. 1. p. quæst. 48. num. 286. & quæst. 72. à num. 2. & 16:* ibi: *Inter illos, qui eligi debent sint masculi, & fœmina, potest elector eligere fœminam, etiam in eodem gradu excluso masculo*, Gutierrez *lib. 2. practicar. quæst. 69. num. 3.* Dom. Castillo *dict. lib. 2. cap. 26. num. 64.* Nicol. Garcia *de beneficijs, part. 7. cap. 15. nu. 18.* Dom. Paz *de tenuta, dict. cap. 34. à num. 107. & seqq.*

Y aun

26 ¶ Y aũn podrâ eligir al indigno, ex textu *in l.cum quidã,ff.de leg.2.* ibi: *Rogo restituas liberis meis, quibus volueris, Marcelus putavit posse hæredẽ, & indignũ præferre,* D. Molin. *dict. lib.2.cap.5.num.4.& seqq.& num.7.*

27 ¶ Tûm, porque aun en los terminos de ser la facultad para eligir hijos, ô hijas, es la mas comun y cierta resolucion que se pueden elegir a las hijas en exclusion de los hijos, tenent D. Mol. *dict.lib.2.cap.5.num 4.* vbi notanter Pater Mol. *de iust.& iur.tracta.2. disp.594.num.2.* Mier. *1. part.quæst.72.num.16.* Cald. Pereyr. *de nominat. emphit.quæst.11.num.31.* Ioan. Gutierr. *dict.quæst. 67.num.3.* D. Roder. Suar. *in l.quoniam in priori-bus, in declaratione leg. Regni, limit. 2. num. 8.* Dom. Valençuela *cons.40.num.41.* y esta resolucion tienen por comun los Adicionadores del señor Molina *dict.lib.2.cap.5.num.4.& 5.* vers. *Secunda vero sententia est,* ibi: *Quorum sententia retenta,* y la comprueua validissimi fundamentis, y sigue por comun D. Paz *de tenuta, dict.cap.34. à num.105.vsque ad 114.& tom.2.cap.59.à n.8. vsque ad 15.* Febo *decis.38.& 96.* Sesse *decis.235. & 236.*

28 ¶ Y reconociendolo assi la parte cõtraria, y su Abogado, han pretendido prouar, que Ysabel Gutierrez tuuo mas de vn hijo varon, para que entre ellos pudiesse tener lugar la eleccion, ad ea quæ considerat Dom. Paz *de tenuta, dict. cap. 34. num.115.* y no lo ha podido verificar, porque no lo tuuo mas que a Francisco Ramos.

29 ¶ Y no son contrarios, ni obstan aquesta resolucion la *l. cum pater, §. à te peto marite, ff. de legat.2.* ni la *l.hæredes mei, §.fin.ff.ad Trebelian.* porque en la *l.cum pater* no se concediò al marido facultad de elegir la persona que quisiesse, y el mismo texto lo dize, ibi: *Non esse datam electionem, sed ordine scripturæ facta substitutione respondi,* ita Zauallos *quæst.265.num.4.*

30 ¶ Y en la *l. hæredes mei, §.fin.* vsaron

los

los Iuriſconſultos de la disiuntiua, *vel, ſiue, aut*, que denotan diuerſos llamamiẽtos, ibi: *Siue meis, ſiue tuis*, Et ibi: *Vel hæredibus ſuis maſculis, vel his deficientibus fœminis*, ita conſiderat Dom. Caſtillo *dict. cap. 26. n. 60. lib. 2.* & Ripa *in dict. l. hæredes mei, §. fin. n. 7.* & cum alijs Dom. Paz *de tenuta, dict. cap. 34. n. 110.* verſ. *Et hanc opinionem*.

31 ¶ Y tampoco es contrario el lugar del ſeñor don Iuan del Caſtillo *dict. cap. 26. num. 5* porque el auer lleuado alli la opinion contraria fue reſpeto de las grandes conjecturas y preſunciones que auia para que ſe prefirieſſe al varon, y ceſſando lleua la cõtraria, optimê in *lib. 6. c. 160. n. 12. & 17.* tiẽpo en q̃ ſe diô la facultad, y del en q̃ hizo la elecciõ Yſabel Gutierrez a Ana de Cardenas ſu hija menor. Y en el caſo preſente no ay ningunas de que ſe prefirieſſe el varon, ſi no antes, eſtando nacido, y ſiendo el mayor de los hijos que tenia Yſabel Gutierrez, como parece del, no le llamò la fundadora, como lo huuiera fecho ſi lo quiſiera, *l. quidam cum filio, ff. de hæredib. inſtit. cap. ad audiẽtiam de decimis*, D. Caſtillo *lib. 2. c. 4. n. 29.*

32 ¶ Y el lugar del ſeñor Gregorio Lopez, y demas que ſe refirieron por ſu opinion, ſe entienden quando la disiuntiua eſtà pueſta inter quos cadit affectio, y ſe pudiera practicar ſi la eleccion huuiera ſido de nieto, ô otro deſcendiente de la dicha Yſabel Gutierrez, en competencia de ſus hijos, por las palabras de la facultad, ibi: *A qualquiera de ſus hijos, ò nietos, y deſcendientes*, pero no quando la eleccion fue entre los hijos, inter quos non poteſt affectio conſiderari, *l. maximum vitium, C. de liberis præteritis*, eleganter Dom. Paz *de tenuta, dict. cap. 34. num. 112.* ibi: *Et denique dici non poteſt inter filios, & filias, cum in eodem gradu ſint affectionem, & charitatem conſiderari, cum æqualitas inter eos ſervetur iure naturæ*, & ibi multis iuribus & Doctoribus fundat.

33 ¶ Et tandem no ſiendo Lucas de Cardenas deſcendiente de Franciſco Perez, porque

muriò

muriò sin sucession, el que lo eligiesse, ò dexasse de elegir su madre quando eligiò a Ana de Cardenas; viene a ser vn derecho de tercero, que no le puede aprouechar a Lucas de Cardenas, *l. loci corpus, §. competit, ff. si servitus vendicetur*, vbi Bart. *l. si quis emptiones, §. si vero nullã, C. de præscript. 30. annorũ.* Y asi parece que queda fundado bastantemẽte que la eleccion de Ana de Cardenas fue legitima, y que su madre no tuuo obligacion de elegir varon.

Segundo Punto.

34 Reconociendose por el Abogado de Lucas de Cardenas, que segun la facultad que tuuo de elegir Ysabel Gutierrez a qualquiera de sus hijos, lo pudo hazer a Ana de Cardenas su hija, abuela de Francisco Ramos, pretende, que la dicha eleccion fue variable, y la pudo reuocar hasta su muerte, ex textu *in l. cũ pater, §. à filia, ff. de legat. 2. l. vnũ ex familia, in princip. & §. rogo, eiusdẽ legis, ff. eodẽ.*

35 ¶ Pero sin embargo de aquestos textos no fue variable la eleccion fecha en Ana de Cardenas, porque siempre que la facultad de elegir compete por testamento, y el que la tiene elige por contracto (como sucediò en este caso) no puede variar, *l. apud Aufidium, ff. de optimè legata, l. statu liberum, §. stychum, ff. de legat. 2.* vbi gloss. verbo, *non poterit, l. huiusmodi, §. stychum, in fin. ff. de legat. 1.* tradunt Menoch. *de arbitrar. cas. 38. & cons. 1107. num. 12.* Mier. *de maiorat. 1. part. quæst. 18. & quæst. 48. ex 45.* Dom. Molin. *de primogen. lib. 2. cap. 4. num. 37.* Dom. Paz *de tenuta, cap. 34. num. 50. 51. & 56.* & cum alijs Hermosill. *in l. 7. tit. 4. part. 5. gloss. 5. & 6. n. 21.* Fondut. *tom. 2. cap. 51. num. 27.*

36 ¶ Y aunque se opone, q̃ aquesto cessa quando la eleccion se confirmò en el tiempo de la muerte, como parece se prueua por los textos referidos

ridos in *l. cum pater*, §. *à filia*, *l. vnum ex familia, in princip. & eiusdem leg.* §. *rogo*, Dom. Molin. *dict. lib. 2. cap. 4. num. 34.* & ibi addition. *in 22. vsque ad 25. in princip.* Hermosill. *vbi proximè num. 33.* Valasco *consult. 102. nu. 26.* Dom. Castillo *lib. 2. cap. 26. à num. 63. & tom. 6. cap. 80. ex num. 18.*

36 ¶ Aquesta limitacion no es ni puede ser aplicable a nuestro caso, en donde de ninguna suerte la eleccion se confiriô para el tiempo de la muerte, como era necessario que lo estuuiera con palabras q̃ precisamẽte lo denotassen, Dom. Molina *dict. lib. 2. cap. 4. num. 34.* ibi: *In electionem tamen in tempus mortis precise collata*, & probatur ex *dict. l. vnum ex familia*, ibi: *Cum moreretur*, *dict.* §. *rogo*, ibi: *Cum morieris restituas*, *dict. l. cum pater*, §. *à filia*, ibi: *Cum moreretur.* Y es de reparar, que en todos los textos se vsa de la dicciõ, *cum*, que denota destinacion de tiempo fixo, y preciso, y es condicional, ex late congestis Augustin. Barbos. *diction. 75. num. 2. 4. & 5. & ferè per totam.*

38 ¶ Attamen, en la facultad de elegir q̃ se cõcediô a Ysabel Gutierrez no ay semejãtes palabras, si no antes que denotan libre y absoluta voluntad, porque no se le señalô tiempo en el qual la deuiesse hazer, y assi quando quiso pudo elegir, y la eleccion quedô irreuocable, ex multis congestis à Dom. Paz *de tenuta, dict. cap. 34. nu. 54.* y lo resuelven todos los Doctores citados.

39 ¶ Vltra, que la *l. cum pater*, §. *à filia*, que es la que es el apoyo principal de la opinion contraria, la entienden comunmente todos los Doctores quando la elecciõ se ha de hazer de personas inciertas, pero no quando de personas ciertas, como en este caso, en donde la fundadora conocia muy bien a todos los hijos de Ysabel Gutierrez, a quien diô la facultad de elegir, vt probatur ex glos. *in dict.* §. *à filia*, verbo, *non est electionem*, ibi: *Propter incognoscibilem personam fideicommissarij*,

miſ.gloſ.in l. poſt mortem, C.de fideicommiſ.& ibi Bart.D.Padilla.*in num.8.*

40 ¶ Y el auerſe dicho que eligieſſe para deſpues de ſu muerte, vino a ſer en fauor de Yſabel Gutierrez, y que pudieſſe elegir para quando faltare, vt in punto conſiderat gloſ. *in dict. l. poſt mortem,* verbo, *reſtituere ad finem*, vbi reſpõdit ad textum, *in dict.§.à filia, & videtur probari expreſſe in ipſa leg.poſt mortem.*

41 ¶ Y aunque la gloſa, y algunos de los Doctores citados entienden aqueſte texto quãdo la reſtitucion auia de ſer a cierta perſona, como queda dicho en el numero antecedente, las en que auia de hazer la eleccion eran ciertas, y las conocia la teſtadora.

42 ¶ Sed vtcumque ſit, y dado caſo q̃ la eleccion eſtuuiera conferida en el tiempo dela muerte, auiendoſe hechô por cauſa de dote, con entrega de bienes, quedò irreuocable, porque aũ los contractos que ſon reuocables por ſu naturaleza, ſiendo por la dicha cauſa, quedan irreuocables, *l.ſi ego,§.1.ff.de iur.dotium,* vbi quamvis donatio fuit reuocabilis, quia fuit facta cauſa, & mẽtione mortis, quia fuit cauſa dotis remanſit irreuocabilis; notat Iaſon *in l.eius qui.§.placebat,n.1 ff.ſi certum petatur,* Decius *conſ.35.num.5. aliàs num. 16.* Y aqueſto ſe prueua expreſſamente por la *l.17.* y *44.de Toro,* por las quales aunque el padre puede reuocar haſta la muerte la mejora de tercio y quinto, ò mayorazgo que fundare en fauor de alguno de ſus hijos, ſe limita quando huuo entrega de poſſeſsion, ô ſe hizo por cauſa oneroſa, y aqui intervinieron ambas calidades.

43 ¶ Y en terminos de eleccion tenent eleganter cum multis, & fortiſsimis fundamentis Flores Diaz de Mena *lib.3.q.22.à num.18.& ſequentib.& in addit.ad* Gamma *deciſ.36.in fin* Caldas Pereyra *de iur.emphyt.3.part.cap. 2.à n. 31.*D.Caſtillo *lib.5.controuerſ.cap.80.num.40.*

Alvar. Valasc. *consult. 102. num. 11.* vbi ait hanc partem placuisse quatuor senatoribus, qui in vno & altero Senatu secundum eam iudicauerunt. Y aunque en el num. 39. parece que quiere responder, es con presupuesto de que alli no constaua de dote, y que ay ley en Portugal, de que no obsta la causa de dote, no auiendo dexacion y translaciō delos derechos, como aqui la vuo, cō renūciaciō de los bienes, y los frutos, y con la mesma opinion van los Adicionadores del señor Molina, *in lib. 2. cap. 4. num. 22. vsque ad 25.* vers. *Finali*, ibi: *Limita etiam hæc recepta conclusio fauore dotis.* Y si bien parece que requiere el que aya auido tradicion, en este caso la huuo real. y gozaron por muchos años los bienes Ana de Cardenas, y su marido.

Tercero Punto.

44 SVpuesto lo que queda fundado en los dos puntos antecedentes, no le pueden en nada prejudicar a Francisco Ramos la executoria de desercion que se despachô en fauor de Francisco Perez de Cardenas, en el pleyto que siguiò con la dicha Ana de Cardenas su hermana; ni menos la transacion fecha por Mâria de Cardenas, y Antō Ramos su marido con Iuan de Cardenas, padre de Lucas de Cardenas.

45 ¶ Lo vno, porque auiendo opuesto de lo vno y otro el dicho Lucas de Cardenas, se le mandó responder, y lo hizo, con que no puede bolverse a valer dello, ni aun en fuerça de peremptoria, ex multis congestis à D. D. Ioanne de Larrea *disp. 40. num. 16.* maximê, quando para la determinacion de lo susodicho no se necessitaua de mas autos que de los q̄ entonces se auian presentado, ex dictis à dict. D. D. Ioanne de Larrea *dict. disput. 40. num. 80. & 81.*

46 ¶ Lo vno, porque quando aquesto cesara

cesara, en los Tribunales superiores nunca se atiē de a ninguna discercion, si no solo a la justicia principal, y meritos de la causa, vti eleganter tenet, & fundat Fontanel .*tom.2.decis.104.per totam*, vbi testatur quod non potuit obtinere in casu, quod ei continxit, vt advocatus. Y en el *num.* 11. que aunque hizo grande diligencia, no pudo hallar lugar con que fundar lo contrario.

47 ¶ Tūnc, porque aun que dado caso que la executoria fuesse de diferente calidad, y no de discercion, no le pudiera prejudicar à Francisco Ramos, porque si bien la sentencia litigada con el posseedor de vn mayorazgo, perjudica a sus sucessores, aunque no ayan sido citados, ex cō gestis à D. Molin. *de primog.lib.4.cap.8.n.3.*

48 ¶ Aquesto se limita quando el posseedor no hizo las defensas necessarias, ò se dexò vencer, que entonces nullatenus nocet ex text. *in l.si per lusorio, l. à sententia, ff. de appell. l. si ser vº plurium, §.1.ff. de leg.1.* D. Molin. *d.c.8.n.7.* & ibi eius Addit. Fusar. *q.622.n.12.* D. Castill. *lib.5. cōtrouers.c.157.à n.26.*

49 ¶ Y como parece por los autos, es euidentissima la colusion, omission, y negligencia con que se defendiò Ana de Cardenas, sin hazer defensa alguna considerable, aunque el fundamento de la demanda de Francisco Perez de Cardenas fue tan friuolo, pues mirô solamente a que no auia podido subsistir la eleccion hecha en Ana de Cardenas, por auerse apreciado los bienes del patronato, y aniuersario en trecientos ducados, por lo qual pretendiò auerse cōtrauenido a la prohibicion de enagenacion, ad text. in *l. quoties, C. de iur. dotium, l. interst 6. C. de vsufruct.* Couarr. *practicar.cap.28.n.1.* Fontan. *de pact.nupt.tom.2 claus.5.glos.8.p.13.n.7.*

50 ¶ Porque en la carta de dote no intervinieron Isabel Gutierrez, ni Ana de Cardenas su hija, ni quando interviniessen, el aprecio no fue para que por el se causasse venta, ni transfiriesse

domi-

dominio de los bienes del patronato en Bartolome Lopez Cerõ, marido de la dicha Ana de Cardenas, porq̃ mirò solo a liquidar el valor q̃ entõces tenian para las deterioraciones, ò perdidas q̃ por culpa del marido pudiesse auer en ellos, ad text. *in l. cum post. §. cũ res, ff. de iur. dot. l. inter, §. codẽ* D. Couarr. *pract. d. c. 28. n. 3.* Molin. *de ritu nupt. lib. 3. q. 57. n. 26. & 28.* Fontan. *vbi proxim. n. 31.*

51 ¶ Tûnc etiam, porqne para q̃ pueda perjudicar al sucessor la sentencia q̃ se diò contra el posseedor, es necessario que la causa se siga por todas instancias, y que estè confirmada por el superior, porque no le ha de perjudicar el acto voluntario de que no apelasse, ò no prosiguiesse la apelacion, vt in terminis tenent Pinel. *in l. 1. C. de bon. mater. 3. p. n. 50. limit. 3.* D. Molin. *de primog. lib. 4. c. 8. n. 10.* vbi Addit. D. Castill. *d. c. 157. n. 27.* Fusar. *d. q. 622. n. 15.*

52 ¶ Et tûnc demun, menos puede obstar la transacion que hizieron Anton Ramos, y Maria de Cardenas, porque en los bienes de vinculo y mayorazgo nunca perjudica a los sucessores, ex latê congestis à D. Molin. *de primog. lib. 4. c. 9. n. 7.* Mieres *4. p. q. 22. per tot.* Gama *decis. 151.* Peregrin. *de fideicomm. art. 52. n. 83.* Si no es auiẽdo facultad de su Magestad, ô reteniẽdose los bienes sobre que se transiguiô D. Molin. *vbi proxim. n. 20. & 22.*

53 ¶ De que resulta la justificacion de la sentencia de vista, no solo en lo principal, si no en la condenacion de frutos, porque siempre que el titulo es nulo, ô se reduce a tal, la condenacion ha de ser con ellos, *l. filio famil. §. contra tabul. ff. de inoficios. testament.* Roman. *cons. 454 n. 25. 26. & 27.* Nata *cons. 535. à n. 12. vol. 3.* Surdo *cons. 268. à num. 30. & seqq.* Y assi esperamos auerse de confirmar. Salva in omnibus D. V. D. C.

El Licenciado Don Diego Maldonado de Leon.